

Roger Raupp Ríos 

La protección de los derechos humanos LGBTI y el sistema de justicia

Conferencia principal, presentada en el Seminario Garantías para el acceso a la justicia de las personas LGBTI, organizado por el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, el Centro de Formación de la Fiscalía General de la Nación de Uruguay y Naciones Unidas, 18 de octubre de 2019.

Esta reflexión se ocupa de la labor del sistema de justicia frente a la protección de derechos humanos de las personas LGBTI⁽¹⁾ (ONU, 2018) mediante dos proposiciones:

- (1) dicha protección integra los deberes institucionales del Poder Judicial y el Ministerio Público, que sus atribuciones constitucionales implican respeto, garantía y efectividad, derechos humanos universales y
- (2) el efecto beneficioso sobre instituciones de justicia en el constitucionalismo democrático derivado del cumplimiento de esta labor.

Por lo tanto, el estudio se estructura en dos partes. En la primera parte, se toman los estándares del sistema universal y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre los derechos LGBTI como logros en derechos humanos universales y generales. En la segunda parte, se consideran las consecuencias jurídicas e institucionales de estos estándares para los ordenamientos jurídicos nacionales, así como las consecuencias positivas para la legitimidad democrática y para el perfeccionamiento de la actividad de los órganos y actores del sistema de justicia.

 Juez Federal del Tribunal Regional Federal de la 4.^a Región; Master y Doctor (UFRGS) y Post-Doctorado en Derecho (Universidad de París II), profesor visitante en la Universidad de Texas-Austin y Universidad de Columbia-NY. Profesor de PPGD Master y Doctorado UNISINOS.

 roger.raupp.rios@gmail.com

1. Derechos humanos y derechos LGBTI

La teoría y la práctica de los derechos humanos internacionales, en la coyuntura histórica en que vivimos, no dejan dudas en cuanto a su pertinencia y a su necesidad frente a realidades vivenciadas por individuos de grupos LGBTI. La formulación de estándares de protección de derechos humanos universales amenazados o violados por motivo de orientación sexual e identidad de género (OSIG), asociada a la actuación de órganos universales y regionales de los respectivos sistemas internacionales de derechos humanos, proveen testimonios inequívocos de este desarrollo. El recorrido hacia la formulación de estos estándares, lejos de restringirse a afirmaciones de derecho internacional público, desemboca en la evolución del derecho constitucional de los derechos fundamentales de las naciones democráticas, con consecuencias directas y concretas para los agentes de los sistemas judiciales nacionales.

1.1. Los derechos humanos internacionales y los derechos LGBTI en el sistema universal de derechos humanos

Los derechos humanos universales, como fueron concebidos en el contexto histórico posterior a la Segunda Guerra Mundial, expresan aspiraciones políticas y proyectos jurídicos. De hecho, si políticamente derivan de la necesidad de un orden internacional que frene regímenes políticos nacionales donde la guerra externa y la tiranía interna se nutren mutuamente (Beitz, 2012), jurídicamente la idea de derechos humanos se une al constitucionalismo democrático caracterizado por la fuerza normativa de los derechos fundamentales (Hesse, 1991).

En esta época, frente a propuestas de proyectos tan amplios, conceptual y globalmente, no resulta extraño que la formulación de los derechos humanos haya adoptado parámetros abstractos y universalistas. Inaugurado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y complementado por los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales (ambos en 1966), el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos fue desafiado por las experiencias concretas de amenazas y violaciones. Desde ese entonces la creciente especificación de las normas internacionales de derechos humanos (Piovensan, 2010), permitió ganar fuerza vinculante y, al mismo tiempo, una concretización paulatina en cuanto a los sujetos protegidos. La promulgación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del

Niño (1989), Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (2006), la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015), evidencian este fenómeno de especificación subjetiva y fuerza jurídica. A pesar de carecer de la misma fuerza normativa, otras declaraciones también avanzaron alcanzando, por ejemplo, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). En todos los casos, donde la distinción entre *hard law* y *soft law* deviene del intrincado juego de la política global y de la compleja dinámica de las instituciones internacionales, lo que se verifica es un esfuerzo rumbo a padrones civilizatorios más robustos frente al pluralismo y la diversidad, en búsqueda de una convivencia pacífica y respetuosa.

En la esfera de la sexualidad, se encuentran progresos, desafíos y urgencias semejantes. Dada la proclamación universalista y abstracta de los derechos humanos, es preciso concretizarlos y efectivizarlos en esferas y ámbitos de la vida decisivos para el respeto de la dignidad humana, que tratan desde las relaciones más íntimas y probadas hasta políticas estatales y relaciones intersubjetivas y colectivas de la esfera pública.

Una rápida reseña histórica de los derechos LGBTI registra sus primeros pasos a partir del reconocimiento de la situación de vulnerabilidad de las mujeres, con la idea de los derechos reproductivo (Cabal, Roa e Lemaitre, 2001) (Vargas, 1996).

En efecto, luego de las proclamaciones genéricas y abstractas relativas al derecho a la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, a la integridad física y la protección contra la violencia, al trabajo y a la educación (suscritos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos), se suscriben documentos internacionales y conferencias preocupadas específicamente con la reproducción y, en este contexto, la condición femenina.

Por lo tanto, la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Teherán-1968) reconoció la importancia de los derechos humanos de la mujer y declaró la necesidad de medidas para promoverlos (art. 15). La Asamblea General de las Naciones Unidas declaró 1975 como el Año Internacional de la Mujer y además estableció el decenio 1976-1985 como especialmente dedicado a mejorar la condición de las mujeres, realizando dos conferencias mundiales dentro de este período: 1980 en Copenhague y 1985 en Nairobi. Previo a estas conferencias, en

1979 fue promulgada la importante Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada en Viena, declaró que los derechos humanos de las mujeres son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos, siendo un deber su participación en igualdad de condiciones sociales y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo y todas las formas de violencia contra la mujer. En 1994, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo), estableció un programa de acción que declaró los derechos reproductivos como categoría de los derechos humanos ya reconocidos en tratados internacionales, incluyendo el derecho a la elección libre y responsable del número de hijos, al espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información, educación y medios necesarios para ello (art. 7.3). Importante para los fines de este estudio fue la declaración de que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos (...)” (art. 7.2). El documento, como un todo, reafirma la importancia de relaciones de género más igualitarias, con mayor libertad para la mujer, libre de discriminación y violencia. También es relevante la mención al derecho de hombres, mujeres y adolescentes de obtener información y tener acceso a métodos seguros, eficaces, aceptables y de su elección para la regulación de la fecundidad.

De esta conferencia resultó el “Programa de Acción de El Cairo” que, además de introducir el concepto de derechos reproductivos, apuntó al reconocimiento de derechos sexuales, destacando el derecho a ejercer la sexualidad y la reproducción libre de discriminaciones, coerciones y violencias. Asimismo, se asentó que los Estados Partes, además de estimular y promover el relacionamiento respetuoso e igualitario entre hombres y mujeres, deben atender las necesidades de adolescentes, capacitándolos para decidir mejor sobre el ejercicio de su sexualidad y dedicar especial atención a segmentos poblacionales más vulnerables a violaciones de derechos humanos en lo que respecta a la reproducción y la sexualidad.

En 1995, la “Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer” fue realizada en Pekín, confirmando las directrices definidas en El Cairo. En esta se reforzó la necesidad de la protección de los derechos estrictamente ligados a los derechos reproductivos, tales como derechos sexuales, derecho a la salud, a la integridad, a la protección contra la violencia, a la igualdad y a la no-discriminación, matrimonio, educación y protección contra la explotación sexual. Impera destacar que la Plataforma de Pekín en el capítulo “La Mujer y la Salud” cuidó de cuestiones fundamentales como el re-

conocimiento de derechos sexuales y reproductivos, afirmando el derecho al libre ejercicio de la sexualidad a través, principalmente, del énfasis de la salud sexual⁽²⁾.

En este entramado histórico, es dable destacar que la sexualidad fue abordada en los instrumentos internacionales a partir de la legítima y necesaria preocupación con la situación de la mujer que engendró la noción de derechos sexuales a partir del concepto de los derechos reproductivos. No obstante, esta perspectiva todavía requiere afirmaciones más fuertes y desarrollo autónomo encaminándose a una idea de un derecho a la sexualidad (Raupp Ríos, 2006).

La afirmación de los “derechos LGBTI” ha ido encontrando progresos y resistencias en el sistema universal de derechos humanos (Nagamine, 2019). De hecho, al lado de la denuncia institucional explícita sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias⁽³⁾, como también prácticas de tortura y malos tratos⁽⁴⁾, relacionadas a la “orientación sexual⁽⁵⁾⁽⁶⁾, y a la identidad de género⁽⁷⁾” (OSIG), el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos LGBTI ha generado iniciativas del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, materializados en reportajes y mandatos de trabajo, tales como la Resolución 17/19 (ONU, 2011). De este modo, a pesar que la oposición de determinados países limite una manifestación institucional más vigorosa cuanto a las violaciones de derechos humanos motivadas por OSIG, su urgencia y legitimidad se consolidan más y más.

Incluso en el sistema universal de derechos humanos, es importante tener en cuenta, además de la importante decisión del Consejo de Derechos Humanos en el caso Toonen (ONU, 2005)⁽⁸⁾ contra Australia, el informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos realizado en conformidad con la referida Resolución 17/19 y las manifestaciones de diversos órganos del sistema universal que resaltan las violaciones a los derechos humanos LGBTI⁽⁹⁾.

Asimismo, en el ámbito del sistema universal, la campaña internacional por el respeto de los derechos humanos de las personas LGBTI se encontró explicitando padrones frecuentes de violaciones de derechos así como estándares para su protección, sintetizados de la siguiente manera (ONU, 2018):

- a. Enumeración de las formas más comunes de violaciones: agresiones violentas, físicas y verbales; normas penales discriminatorias; restricciones arbitrarias al ejercicio de los derechos; trato discriminatorio en diversos ámbitos.

b. Obligaciones jurídicas básicas: proteger a las personas de la violencia homofóbica; revocar legislación discriminatoria; prohibir discriminación homofóbica; salvaguardar la libertad de expresión y el ejercicio de los derechos.

Al finalizar esta breve reseña de los derechos humanos internacionales en el sistema universal, es importante registrar los “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, conocidos como Principios de Yogyakarta. Fruto al trabajo de especialistas mundialmente conocidos, estos principios “(...) se ocupan de una amplia gama de normas de derechos humanos y de su aplicación a las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género”, detallando y clarificando las obligaciones estatales internacionales en derechos humanos sin discriminación homofóbica.

1.2. Los derechos humanos internacionales y los derechos LGBTI en el sistema interamericano de derechos humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), comparado con el sistema universal, exhibe mayor claridad en el reconocimiento de los derechos humanos LGBTI. Aquí se inscriben, de modo explícito, la vigencia de instrumentos normativos y la actuación decidida de órganos protectores, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CDH) (Raupp Rios, 2017, 1545-1576)⁽¹⁰⁾ (Lotti Vecchiatti e Gomes Vianna, 2014, 14-22). Frente los límites de este artículo, se enumeran dos hitos muy importantes, en virtud de su amplia aplicabilidad en la región: la Convención Interamericana contra Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia y la Opinión Consultiva n°. 24 de la CDH.

Con la promulgación de la “Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia” (2013), se explicitaron, en un instrumento vinculante (*hard law*), varios criterios prohibidos de discriminación, entre los cuales se destacan “sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género” (OEA, 2013). A partir de entonces, la protección antidiscriminatoria propiciada por el SIDH tiene dentro de sus destinatarios, literalmente, personas y grupos LGBTI, reforzando la previsión abierta y ejemplificativa disponible hasta entonces (Raupp Rios, Oliveira de Souza e Sponchiado, 2014, 159-190).

Tal enumeración gana más fuerza a la luz de la Opinión Consultiva n. 24 de 2017 (OC 24/2017), brindada por la CDH a partir del requisito de Costa Rica sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo-obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos” (Corte IDH, 2017).

Se trata de una amplia manifestación de la CDH, teniendo presente toda disposición sobre derechos humanos en cualquier tratado aplicable en los Estados americanos (Corte IDH, 2017, párr. 17), procedimiento “(...) de gran importancia para los países de la región en la medida en que permitirá precisar las obligaciones estatales en relación a los derechos de las personas LGBTI en el marco de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona dentro de su jurisdicción” (CIDH, 2017, párr. 21).

En la OC 24/17 están establecidos conceptos operativos, tales como sexo, sexo asignado al nacimiento, sistema binario sexo/género, intersexualidad, género, identidad de género, expresión de género, transgénero, persona trans, persona transexual, persona travesti, persona cisgénero, orientación sexual, homosexualidad, persona heterosexual, lesbica, gay, homofobia y transfobia, lesbofobia, bisexual, cisonormatividad y heteronormatividad; siempre teniendo en cuenta el estado del arte sobre tales conceptos en el debate internacional (Parte IV, ítem A).

Para finalizar esta revisión panorámica sobre el estado del arte de los derechos LGBTI en los sistemas de protección de derechos humanos universal e interamericano, se presenta más que oportuna la publicación del informe “Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas” (OEA, 2018, 142), de 2018, presentado por la CIDH. A demás de alertar la poca efectividad de muchas medidas estatales y la precariedad de los registros de violencia contra personas LGBTI, la CIDH reafirmó los estándares de protección en el SIDH, que pueden ser indicados de la siguiente forma:

- a. Énfasis en el derecho a la no-discriminación, a la igualdad ante la ley, derecho a la vida y a la integridad personal, como fundamentales de los sistemas regional y universal de los derechos humanos, que le implican a los Estados deberes jurídicos que se revisten de especial importancia para las personas LGBTI;

- b. Hincapié en el deber de los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar también las violaciones a la autonomía, identidad y dignidad;
- c. El compromiso de los Estados en respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación por raza, sexo, color, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social;
- d. Afirmación, por la CDH, a partir del caso, de que OSIG son categorías protegidas por el artículo 1.1. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, siendo cualquier diferencia de trato fundada en estos criterios considerada sospechosa y presumiblemente incompatible con la Convención
- e. Protección de discriminación también con base en la expresión de género, abarcada desde el artículo 1.1. de la Convención
- f. Inclusión de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito de protección antidiscriminatoria de personas LGBTI, alcanzando, por ejemplo, el derecho a la seguridad social, a la salud y al trabajo.

Presentados los elementos fundamentales para la comprensión y aplicación de los derechos LGBTI como derechos humanos universales, impera reflexionar sobre la tarea de los sistemas de justicia nacionales en la concretización de los derechos fundamentales y el ejercicio de sus tareas institucionales.

2. Los derechos humanos LGBTI y los sistemas de justicia nacionales

La afirmación de los derechos humanos LGBTI y de los respectivos estándares de protección no solo expresan principios de justicia frente a situaciones de violencia y discriminación, sino que también contribuyen al perfeccionamiento del derecho y de los sistemas de justicia nacionales, informando tanto contenido y la interpretación de cada ordenamiento jurídico interno, como indicando caminos para las instituciones y los agentes del Poder Judicial y de la Fiscalía.

2.1. Los derechos humanos LGBTI y los ordenamientos jurídicos nacionales

En el estado actual del derecho internacional y del derecho constitucional, el contenido y la interpretación de los derechos fundamentales⁽¹¹⁾ recibe el influjo de los derechos humanos internacionales y de su comprensión, fenómeno enraizado en el constitucionalismo desde la modernidad (Gomes Canotlho, 1993, 18).

De este modo, los ordenamientos jurídicos nacionales, en cuanto a contenido, habrán de:

- (a) inspirarse y reforzarse cuando coincidan sus disposiciones internas con las directrices del derecho internacional de los derechos humanos,
- (b) ser complementados e integrar los derechos humanos previstos en el derecho internacional cuando estos no estuvieran desarrollados internamente y (c) intensificar el grado de protección de los derechos fundamentales en virtud del imperio de la ley más beneficiosa del derecho internacional frente a una previsión interna menos generosa (Piovensan, 2010, 60).

En cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales, los derechos humanos y su comprensión por los respectivos órganos de monitoreo y aplicación ofrecen directrices substanciales (Neves, 2014, 193-194). Esto en virtud del principio de buena fe que rige la adhesión de los Estados Partes a los tratados internacionales (De Oliveira Mazzuoli, 2003, 407-424) como también al principio de interpretación *pro homine*, vigente en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional. El artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos informa la actividad de los sistemas de justicia nacionales, como expresamente reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el

Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte Internacional de Derechos Humanos, párr. 124).

La observación del derecho internacional de los derechos humanos en la interpretación del derecho interno es reconocida en el derecho comparado también, a pesar de las fronteras del hemisferio americano. En el derecho europeo, por ejemplo, España, Alemania y Reino Unido, de modo explícito en su legislación y por obra de sus tribunales, incorporan los tratados de derechos humanos y la interpretación de las cortes internacional a sus ordenamientos jurídicos (Moreira Maués, 2013).

En América Latina, el escenario no es diferente (Cardinali, 2017, 25-68) (Raupp Ríos, 2017). Argentina, Colombia y Uruguay, entre otros, caminan en la misma dirección. De hecho, el artículo 75 ítem 22 de la Constitución Argentina, al conferir fuerza constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos no se limita a enumerar la competencia para la aprobación de los tratados internacionales. La constitución colombiana, por su parte, es explícita en sus disposiciones sobre la interpretación de los derechos y deberes constitucionales “(...) de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” en su artículo 93, que incluye la incorporación de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en la comprensión del “bloque de constitucionalidad” (Uprimny Yepes, 2005).

La legislación uruguaya sobre violencia de género impulsa la reflexión sobre los derechos humanos internacionales, su relación con el orden internacional, su relación con el orden interno de los derechos LGBTI. Son elocuentes, en este sentido, varias disposiciones de la Ley n.º 19.580, de 2017, que materializan los derechos humanos en las esferas de género y sexualidad, con especial consideración a las personas LGBTI. Entre ellos, cabe destacar: (art. 1) la extensión de los derechos a mujeres trans y de las diversas orientaciones sexuales; (art. 3) interpretación e integración de la ley de conformidad con los valores, fines, los principios generales de derecho y las disposiciones de la Constitución de la República y de instrumentos internacionales de Derechos Humanos; (art. 5 c) la enumeración explícita prohibición de discriminación por razones del sexo, orientación sexual e identidad de gé-

nero; todo sin olvidar la previsión de un amplio sistema de protección abarcando derechos positivos en campos de educación, trabajo y salud.

Como se desprende de estas disposiciones, el derecho uruguayo se ubica como caso ejemplar de reconocimiento de los derechos LGBTI, al positivizar y especificar exigencias derivadas del derecho internacional de los derechos humanos (Martínez de Vallejo Fuster, 1992, 56). Además, actuó con atención a la interpretación y aplicación de los derechos humanos universales de modo integral y articulado, en beneficio de individuos y grupos discriminados.

2.2. Derechos humanos LGBTI y sistema de justicia nacional

La presencia de los derechos humanos en el ordenamiento interno no se agota por la legislación interna y su interpretación. Al disponer sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, la Convención Americana de Derechos Humanos requiere que los Estados Partes también tomen “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertad” (art. 2), lo que atesta el deber de perfeccionar el funcionamiento y la organización del sistema de justicia frente al pluralismo y de la diversidad sexual.

En este sentido, las medidas necesarias para efectivizar los derechos humanos LGBTI también impulsan la actuación de los sistemas de justicia nacionales, en especial al Poder Judicial y a la Fiscalía, dada la posición institucional que ocupan⁽¹²⁾ (De Carvalho Ramos, 2014, 454). En el cuerpo del derecho internacional de los derechos humanos, como también en el derecho interno, a estas instituciones se les atribuyen tareas intransferibles frente a las violaciones de derechos humanos LGBTI. Sin entrar ni depender de la normativa interna de cada país, es suficiente tener presentes las manifestaciones del sistema internacional de derechos humanos acerca de la misión de la conducta de los operadores jurídicos. Lo que se puede concluir de la lectura de los principios y deberes relacionados al Poder Judicial y agentes de la ley, dispuestos en los “Comentarios a los principios de Bangalore de Conducta Judicial” (UNODC, 2007)(de aquí en más “Bangalore”), junto con las “Directrices sobre la función de los fiscales” (ONU, 1990) de aquí en más “Directrices”), y el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” (ONU, 1990)(de aquí en más “Código de Conducta”). De esta estructura normativa se destacan los principios relativos a la imparcialidad, la no-discriminación y al deber de protección y promoción de derechos humanos.

El compromiso con la protección de los derechos humanos presupone la adhesión sincera y decidida, y de esto se deriva directamente el deber de protegerlos y promoverlos. Por lo tanto, Bangalore registra el deber de mantenerse informado sobre el derecho internacional de los derechos humanos (ítem 6.4 n.º 206) mientras que las Directrices (ítems 8 y 12) y el Código de Conducta (art. 2) introducen dentro de las funciones de los agentes de la ley la defensa de los derechos humanos. Lo anterior conduce al conocimiento y al compromiso con los derechos humanos LGBTI.

Las referencias a la no-discriminación son aún más explícitas. Bangalore es explícito desde la selección de los magistrados (ítem 10), hasta el deber de asegurar el trato igualitario, libre de discriminación de todo tipo, lo que incluye expresamente la orientación sexual (ítem 183), rechazando estereotipos y discriminación de género (ítems 184 y 185). Las Directrices presentan igual preocupación antidiscriminatoria en la selección de los fiscales (ítem 2. a) en su actuación (ítem 13. a), lo que se respeta en el Código de Conducta (arts. 1 y 2). En materia de derechos LGBTI, la urgencia y la necesidad de un mandato antidiscriminatorio aumentan frente a un camino por recorrer en la consolidación de estos derechos y de la intensidad de la violencia contra personas LGBTI.

El conocimiento y el compromiso con los derechos humanos, sin discriminaciones, constituyen presupuesto fundamental para la legitimidad de la actuación de los operadores judiciales, cualquiera sea, en el ejercicio de sus funciones: la imparcialidad.

Las diversas dimensiones de la imparcialidad frente a los derechos LGBTI implican y requieren:

- (a) la inexistencia de predisposición antagónica a tales derechos fundamentales (ítem 57),
- (b) evitar los estereotipos negativos (ítem 58),
- (c) el deber de mantener la mente abierta, en especial cuando exista disonancia entre sus creencias y situaciones en que tuvieran que actuar (ítem 60),
- (d) evitar comportamientos que puedan ser percibidos como expresiones de parcialidad o preconcepto, tales como comentarios indebidos (ítem 62),

(e) la irrelevancia de objeciones fundadas en la orientación sexual de los jueces en sí misma, así como un estilo de vida inconformista o intereses en la vida privada que pueden ser ofensivos para ciertos sectores de la comunidad, ausentes otros elementos cuales quieran que puedan indicar predisposición o preconcepción (ítems 89 y 105),

(f) el deber de no solo reconocer y estar familiarizado con la diversidad sexual, sino también libre de parcialidad o preconcepciones basados en razones irrelevantes (ítem 186),

(g) el deber de prevenir y evitar que fiscales se involucren en conductas sexistas e inapropiadas durante el proceso (ítem 191). En el mismo sentido, el ítem 13 de las Directrices otorga a los fiscales el deber de cumplimiento de sus obligaciones de modo imparcial, evitando todo tipo de discriminación política, social, religiosa, racial, cultural, sexual o de otra índole.

La incorporación de tales parámetros en las prácticas cotidianas (García Villegas, 2014, 272) de los operadores jurídicos contribuye de modo muy significativo para afirmar los derechos humanos en general y en particular los derechos LGBTI. En este ejercicio, no solamente están en juego la debida observancia de la ética profesional de jueces y fiscales, sino también la indispensable superación de las asimetrías de género y discriminaciones institucionales (Raupp Ríos, 2008) que debilitan la legitimidad democrática (Zúñiga Añazco, 2011, 277) y la fidelidad constitucional de los agentes del sistema de justicia como un todo.

Consideraciones finales

La legitimidad democrática de un ordenamiento jurídico y la calidad de un sistema de justicia pueden ser medidas de acuerdo al grado de conocimiento y compromiso que sus instituciones e integrantes tienen frente a los derechos humanos universales de personas o grupos discriminados. El reconocimiento de las violaciones de derechos humanos LGBTI pueden servir, por ende, como marcadores de dónde estamos e indicadores de acciones a seguir.

En este contexto, los estándares de protección de los derechos humanos LGBTI pueden impulsar a las instituciones jurídicas y a sus integrantes a tornarse no solo técnicamente competentes, sino también individual e institucionalmente más justos.

En la relación con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, se presenta la oportunidad para instaurar una espiral virtuosa donde la especificidad de los derechos LGBTI sirva como propulsor para la efectividad de los derechos humanos de todos y como factor de consolidación y maduración democrática para agentes e instituciones de los sistemas de justicia nacionales.

Referencias

- Beitz, Ch. R. (2012). *La idea de derechos humanos*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Cabal, L., Roa, M., Lemaitre, J. (eds.) (2001). *Cuerpo y Derecho: legislación y jurisprudencia en América Latina*. Santiago de Chile: Temis.
- Cardinali, D. (2017). Derechos LGBTI y Cortes Constitucionales Latinoamericanas: Un análisis de jurisprudencia de Colombia, Perú, Chile y Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, (31), 25-68. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/27325>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=335&lang=es
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Opinión Consultiva n.º 24 de 2017 (OC 24/17)*. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- De Carvalho Ramos, A. (2014). *Curso de Direitos Humanos*. Saraiva: San Pablo.
- De Oliveira Mazzuoli, V. (2003). Observância e Aplicação dos Tratados Internacionais na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. *Revista Direito e Democracia, Canoas*, 4(2), 407-424.
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina* (2.ª ed.). Bogotá: Debate.
- Gomes Canotlho, J. J. (1993). *Direito constitucional e Teoria da Constituição* (6.ª Ed.). Coimbra: Almedina.
- Hesse, K. (1991). *A força normativa da Constituição* (Trad. Gilmar Ferreira). Porto Alegre: Sérgio Fabris.
- Lotti Vecchiatti, P. R., Gomes Vianna, T. (2014). LGBTI e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a construção da cidadania internacional arco-íris. Em XXIII Congresso nacional de CONPEDI/UFPB, n.º 23 (pp. 14-22). <http://bit.ly/2q41OPl>

- Martínez de Vallejo Fuster, B. (1992). Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. En J. Ballesteros (ed.) *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*. (p. 56). Madrid: Tecnos.
- Moreira Maués, A. (2013). Supralegalidad de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos e Interpretación Constitucional. *SUR*, (18). <http://bit.ly/2M4ZDne>
- Nagamine, R. R. V. K. (2019). Los derechos de las personas LGBT en la ONU (2000-2016). *Sexualidad, Salud y Sociedad*, (31), 28-56. <http://bit.ly/2pUUHZi>
- Neves, M. (2014). Do diálogo entre as cortes supremas e a corte internacional de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de informação legislativa*, 51(201), 193-214.
- OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*. <http://bit.ly/2M1Sbcs>
- OEA. (2013). *Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*. <http://bit.ly/2nEtgSY>
- ONU. Asamblea General. (2011). Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. En *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. <http://bit.ly/2Vw5vIY>
- ONU. (2018). Libres e Iguales. *Normas Internacionales de Derechos Humanos y Orientación Sexual e Identidad de Género*. <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/10/International-Human-Rights-Law-ES.pdf>
- ONU. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. (2005). Caso Toonen vs. Australia. En *Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos bajo el Protocolo Opcional*, 5, 133-140. <http://bit.ly/2ni7Evq>

- ONU. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. (1990). *Directrices sobre la función de los fiscales*. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>
- ONU. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. (1979). *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/lawenforcementofficials.aspx>
- ONU. (2018). *Preguntas frecuentes sobre la igualdad de las personas LGBTI*. <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/10/FAQs-ES.pdf>
- Piovensan, F. (2010). *Temas de Direitos Humanos* (4.^a ed.). San Pablo: Saraiva.
- Piovensan, F. (2010). *Temas de Direitos Humanos*. San Pablo: Saraiva.
- Raupp Rios, R., et al. (2017). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la discriminación contra personas LGBTI: panorama, potencialidad y límites. *Direito Práx*, 8(2), 1545-1576. <http://bit.ly/2OwNTeR>
- Raupp Rios, R. (2017). Concepciones sobre la homosexualidad en las Cortes Constitucionales latinoamericanas. *Revista general de derecho constitucional*, 25.
- Raupp Rios, R. (2006). Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes Antropológicos*, 12(26), 71-100. <http://bit.ly/2B2Ykyx>
- Raupp Rios, R. (2008). *Derecho de Antidiscriminación*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Raupp Rios, R., Oliveira de Souza, L. G., Sponchiado, T. (2014). Noticias de Homofobia y Protección Jurídica Antidiscriminatoria. En D. Diniz, R. M. Oliveira. *Noticias de Homofobia en Brasil*. (pp. 159-190). Brasilia: Letras Livres.
- UNODC. (2007). Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial. <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1187384.pdf>

Uprimny Yepes, R. (2005). El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. *Dejusticia*. <https://www.dejusticia.org/el-bloque-de-constitucionalidad-en-colombia-un-analisis-jurisprudencial-y-un-ensayo-de-sistematizacion-doctrinal/>

Zúñiga Añazco, Y. (2011). Ciudadanía y género. En A. Culleton, et al. *Direitos Humanos e integração latino-americana*. Porto Alegre: Entrementes.

Notas

¹ LGBTI significa lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales. Si bien esos términos tienen una resonancia mundial cada vez mayor, en diferentes culturas a menudo se utilizan otros para hacer referencia a las personas que se sienten atraídas por personas del mismo género, las personas cuya identidad de género difiere del sexo que se les asignó al nacer, las personas que tienen una identidad no binaria y las personas cuyos caracteres sexuales no encajan con la definición típica de hombre y mujer. Ver Organización De Las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre la igualdad de las personas LGBTI”, disponible en <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/10/FAQs-ES.pdf>

² Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Declaración de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer. “Garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en la educación y la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva de la mujer y su educación”. A su vez, el ítem 96 del capítulo 1 establece “Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”. Disponible en <http://bit.ly/2Mq1ou9>

³ Reproduzco, conforme referencias en la publicación “Nacidos libres e iguales: orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos”, de la Oficina del Alto Comisionado (Ginebra, 2012): Documentación sobre asesinatos extrajudiciales de personas LGBT: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de Polonia (CCPR/CO/82/POL), párr. 18, y El Salva-

dor (CCPR/ CO/78/SLV), párr. 16; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias sobre su misión a México (E/CN.4/2000/3/Add.3), párr. 91 a 92; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias sobre su misión a El Salvador (A/HRC/17/26/ Add.2), párr. 28; Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos sobre su misión a Colombia (A/HRC/13/22/Add.3), párr. 50; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (A/HRC/14/24/Add.2), párr. 74; Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/ZAF/CO/4), párr. 39. Asesinato de personas transgénero: Informes de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: E/CN.4/2000/3, párr. 54 (“trabajador sexual travestista” en el Brasil); E/CN.4/2001/9, párr. 49 (travestista asesinado a disparos en El Salvador); E/CN.4/2003/3/ Add.2, párr. 68 (trabajador transgénero aparentemente asesinado detrás de la catedral de San Pedro Sula); E/CN.4/2003/3, párr. 66 (asesinato de tres personas transgénero en Venezuela sin que el Gobierno iniciara una investigación).

⁴ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de los Estados Unidos de América (CCPR/C/USA/CO/3) párr. 25; Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto de los Estados Unidos de América (CAT/C/USA/CO/2), párr. 32 y 37; Ecuador (CAT/C/EQU/CO/3), párr. 17; Argentina (CAT/C/CR/33/1), párr. 6 g); Egipto (CAT/C/CR/29/4), párr. 5 e); Comité contra la Tortura, Observación general No. 2, párr. 21 [Ref.: HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)]; véanse también las observaciones finales del Comité respecto del Ecuador (CAT/C/EQU/CO/3), párr. 17; Argentina (CAT/C/CR/33/1), párr. 6; y Brasil (A/56/44), párr. 119. Informes del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes: E/CN.4/2001/66/Add.2, párr. 199; E/CN.4/2005/62/Add.1, párr. 1019 y 1161; E/CN.4/2004/56/Add.1, párr. 1327; E/CN.4/2003/68/Add.1, párr. 446, 463 a 465 y 1861; E/ CN.4/2002/76/Add.1, párr. 16, 507 y 508, 829 y 1709 a 1716; E/CN.4/2001/66, párr. 1171; E/CN.4/2000/9, párr. 145, 151, y 726; E/CN.4/1995/34, párr. n.º 614.

⁵ De acuerdo a los Principios de Yogyakarta, “la orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. Disponible en: <http://bit.ly/2pqXI3j>

⁶ Principios de Yogyakarta (2006), principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Disponible en <http://bit.ly/2ojaC3n>

⁷ Principios de Yogyakarta. Ob. Cit. La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

⁸ El Caso Toonen (Nicholas Toonen vs. Australia) se trata de la declaración de violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por parte del Estado de Australia, del derecho a la privacidad por la criminalización de actos sexuales consensuados entre personas adultas del mismo sexo

⁹ Conforme a: referencias previamente citadas; reporte de ACNUDH, OMS y ONU-SIDA “Las Naciones Unidas hablan claro: Abordando la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género” (abril, 2011); declaraciones de ACNUDH en un evento paralelo de la XV sesión del Consejo de Derechos Humanos en el tema “Poner fin a la violencia y las sanciones penales basadas en orientación sexual y la identidad de género” (17 de setiembre de 2010); observaciones hechas durante la conclusión del diálogo interactivo con el Alto Comisionado en la XVI sesión del Consejo de Derechos Humanos (3 de marzo de 2011); PNUD “Entornos legales, derechos humanos y respuestas al VIH entre hombres que tienen sexo con hombres y personas transgénero en Asia y el Pacífico: una agenda de acción”(julio, 2010); UNICEF “Proteger a los niños de la violencia en el deporte: reporte con enfocado en países industrializados” (julio, 2010); UNESCO con ONUSIDA, UNFPA, UNICEF y OMS “Orientaciones técnicas internacionales sobre educación en sexualidad” (diciembre, 2009); ACNUR “Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género” (noviembre, 2008); OIT Reporte del Director General: Igualdad en el trabajo (2007); OMS Reporte sobre la prevención y tratamiento del VIH y otras enfermedades de transmisión sexual entre hombres que tienen sexo con otros hombres y personas transgénero (2011); UNFPA “Experiencias de estigma y discriminación en personas homosexuales/gays, bisexuales y trans” (julio 2010); ONUSIDA y ACNUDH “Pautas Internacionales sobre VIH/SIDA y Derechos Humanos” (julio, 2006).

¹⁰ Lotti Vecchiatti, Paulo Roberto; Gomes Vianna, Thiago. "LGBTI e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a construção da cidadania internacional arco-íris" em XXIII Congresso nacional de CONPEDI/UFPA. (2014). N.º 23. Pp. 14-22. Disponible en: <http://bit.ly/2q41OPI>

¹¹ Por “derechos fundamentales” se comprenden aquellos derechos básicos previstos en favor de personas físicas y jurídicas de la Constitución de cada país; por “derechos humanos”, aquellos previstos en el derecho internacional público, constantes en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

¹² La atención aquí delimitada al Poder Judicial y a la Fiscalía no significa desmerecimiento o desvalorización de tantos otros actores institucionales responsables por la implementación de los derechos humanos. Sin olvidar órganos y comisiones ejecutivas y legislativas de todo orden, se destacan por su pertinencia a las manifestaciones del sistema universal de derechos humanos, la previsión de las “instituciones nacionales de derechos humanos”, órganos de amplio alcance para la implementación de derechos humanos internamente, de modo independiente.